Fecha LEXNET :31/07/2013 12:35:22 -- Remite:CRISTINA PRIETO MARTINEZ
Ldo/a.:JOSE RIOS ALMELA
Su Ref.: -- Mi Ref.:000017/12
Comentario:NOT 02/09/13

Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201310030075297	
Asunto	Comunicación del Acontecimiento 14: SENTENCIA 00209/2013 Est.Resolución:Publicada	
Remitente	**Órgano Judicial**	AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 1 de Cuenca, Cuenca [1607837001]
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	Oficina de registro	AUD.PROVINCIAL OF. REGISTRO/REPARTO [1607837000]
Destinatarios	PRIETO MARTINEZ, CRISTINA [66]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Cuenca
Fecha-hora envío	31/07/2013 12:35	
Adjuntos	00000841912012160783700112.RTF(Principal)	
Datos del mensaje	**Tipo procedimiento**	RPL
	Nº procedimiento	0000009/2013
	Detalle de acontecimiento	NOTIFICACION
	NIG	1607841120120311461

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
31/07/2013 16:14	PRIETO MARTINEZ, CRISTINA [66]-Ilustre Colegio de Procuradores de Cuenca	LO RECOGE	
31/07/2013 12:35	Ilustre Colegio de Procuradores de Cuenca	LO REPARTE A	PRIETO MARTINEZ, CRISTINA [66]-Ilustre Colegio de Procuradores de Cuenca

(*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 CUENCA

SENTENCIA: 00209/2013
Sentencia.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA.

Apelación Civil nº 9/2013.

Juicio Ordinario nº 53/2012.

Juzgado de Primera Instancia nº 2 de lo Mercantil de Cuenca.

SENTENCIA Nº 209/2013.

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. José Eduardo Martínez Mediavilla.

Magistrados:

D. José Ramón Solís García del Pozo.

Dª María Victoria Orea Albares.

Ponente: Sr. Solís García del Pozo.

SENTENCIA

En Cuenca, a 30 de Julio de dos mil trece.

Vistos ante esta Audiencia Provincial, en trámite de recurso de apelación nº 9/2013, los autos de Juicio Ordinario nº 53/2012 procedentes del Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil nº 2 de Cuenca, promovidos a instancias de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Prieto Martínez y defendidos por el Letrado D. José Rios Almela, contra la entidad **BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A.** representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Rosa María Torrecilla López y asistida por el Letrado D. Carlos Rubio Vallina sobre nulidad de condición general de la contratación por su carácter abusivo, en virtud de recurso de apelación interpuesto por BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A., contra la Sentencia dictada en primera instancia, por el ya referido Juzgado, en fecha 31 de Octubre de dos mil doce; habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ramón Solís García del Pozo.

Antecedentes de hecho

Primero.- Que por el Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil nº 2 de Cuenca, se dictó Sentencia, en fecha 31 de Octubre de dos mil doce, en cuyo Fallo se estableció lo siguiente:

"Que ESTIMANDO la demanda interpuesta a instancia de

, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Prieto Martínez, contra BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Torrecilla López y, en consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad por ser abusiva, de la condición general descrita en la demanda, es decir, la cláusula de los 27 préstamos a interés variable concertados entre las partes que establecen un tipo mínimo de interés o referencia.

2.- CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha condición general de la contratación de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable que son objeto de demanda.

3.- CONDENO a la entidad demandada a devolver a los demandantes las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dichas cláusulas, con los intereses legales desde la fecha de cada cobre, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiera existido condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en cada préstamo/crédito la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

del préstamo/crédito hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo/crédito.

4- CONDENO a la entidad demandada a abonar el interés que recoge el art. 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia.

No ha lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

Segundo.- Que notificada la anterior Resolución a las partes, por la representación procesal de BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A., se presentó recurso de apelación en el que en síntesis alegaba:

Que las cláusulas de limitación de intereses no son de carácter accesorio al formar parte de los elementos esenciales del préstamo pues determinan lo que ha de pagar el prestatario, el precio que paga por el dinero prestado y en consecuencia no pueden constituir condiciones generales de la contratación.

Que las referidas cláusulas fueron negociadas, pues siendo parte esencial del contrato, la fundamental para el prestatario, su aceptación es libre y voluntaria, fruto de su previo examen, análisis y estudio de la oferta vinculante, pudiendo el consumidor contrastarla con las de otra entidades bancarias y decidir libremente si acepta la oferta vinculante. Así resulta del iter negocial que se contiene en la OM de 5/5/1994, que garantiza la libre formación de la voluntad del cliente descartando que dicha cláusula haya sido impuesta por el banco.

Los pactos sobre limitación de interés no son contrarios a la buena fe, pues están contemplados en la normativa sobre transparencia de la OM 5/5/1994 que asegura la trasparencia e información adecuada para el consumidor, sin que pueda existir un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato por falta de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alta, pues la reciprocidad a la que se refiere la Ley de Consumidores y Usuarios es una reciprocidad obligacional, no económica, no siendo estos límites máximo y mínimo obligaciones reciprocas. El pacto de limitación de intereses es un mecanismo para reducción del riesgo de variación de los intereses y siendo el préstamo un contrato real y unilateral tan solo existe una obligación la del prestatario de devolver el dinero.

En cualquier caso aún cuando los limites máximo y mínimo de los interese remuneratorios se consideraran obligaciones reciprocas resulta muy difícil establecer la existencia de un desequilibrio entre las mismas, máxime con contratos de tan larga duración y mercados financieros tan cambiantes. Dicha cuestión que exigiría de un riguroso dictamen pericial, sin que su análisis pueda partir de la afirmación de hechos que se formulan como notorios pero que no lo son como la afirmación de la sentencia de que el límite máximo resulta irrealizable.

Tercero.- Que admitido a trámite el recurso de apelación, y dado el correspondiente traslado a los demandantes cuya representación procesal presentó escrito de oposición al recurso en el que tras alegar los fundamentos de hechos y de derecho que tuvo por convenientes en los que se venía a defender los fundamentos de la sentencia dictada en la instancia terminaba interesando la

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

íntegra desestimación del recurso con expresa condena en costas a la parte recurrente.

Cuarto.- Que recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, se procedió a formar el correspondiente Rollo de apelación, asignándole el número 9/2013. Se turnó la ponencia y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 14 de Mayo de 2013.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos de la sentencia recurrida, sin perjuicio de lo a continuación se dirá.

Se alza el Banco de Castilla La Mancha S.A. contra la sentencia de instancia que declaró nulas las cláusulas que fijaban un limite mínimo y máximo en la determinación semestral del interés variable pactado en los distintos contratos de préstamo suscritos por los demandantes con la entidad recurrente. El recurso viene a reiterar los argumentos que se sostuvieron por la parte demandada en su contestación a la demanda y a los que la sentencia de cumplida y extensa contestación llegando a una conclusión conforme con la doctrina jurisprudencial que resulta de la reciente STS de la Sala 1ª en Pleno de fecha 9/5/2013.

SEGUNDO.- En este sentido y en relación a la primera alegación del recurso la referida Sentencia del TS señala que "142. En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces "los legítimos intereses económicos de los mismos"

Concluyendo en el apartado 144 que "El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo."

TERCERO.- De otro lado la referida sentencia contradice el argumento del recurrente que concluye el carácter negociado de las cláusulas suelo por formar parte del contenido esencial del contrato. Pues al margen de su carácter esencial o no y sin consideración del mismo, la referida Sentencia considera que estamos ante una cláusula impuesta por el empresario "…cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. Sin que pueda equipararse la negociación " con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de

contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario", "ni con la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios."

El carácter negociado tampoco lo garantiza el haber seguido el iter negocial que regula la OM de 5/5/1994, y ello pese a que en el caso que no ocupa, coincidiendo con la sentencia de instancia, no consta acreditado que dicho iter procedimental se haya seguido y cumplimentado, sin que en aquellos prestamos en los que existen indicios de que haber observado lo prevenido en dicha Orden, por hacer referencia la correspondiente escritura a algunos de sus trámites, no hay constancia de si se ha cumplimentado exactamente su contenido en relación a las cláusulas de cuya nulidad tratamos. Debiendo esta duda razonable perjudicar al empresario pues es él al que le incumbe probar que una que una cláusula determinada ha sido negociada individualmente, conforme resulta del art. 82.2 del TRLCU y 3.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Debiendo añadir a lo anterior que la STS 9/5/3013 considera un hecho notorio que: "…que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas--.

157. Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados -el IC 2000 afirma que "[...] los servicios financieros son grandes «consumidores» de cláusulas contractuales", y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

158. Más aún, el IC 2000, precisa que "es ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo."

159. En idéntico sentido el IBE afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. --utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente: "un análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por

la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente […] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad".

Pues bien la existencia de una normativa, como la invocada OM de 5/5/1994 que regula o mas bien se refiere a las cláusulas de limitación del tipo de interés tampoco excluye su consideración de condiciones generales de la contratación al no ser de aplicación la exclusión contenida en el art. 4.2 de la LCGC, pues "…la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato.

175. En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003, declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general.

176. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

CUARTO.- Ciertamente en el presente asunto de entre los 26 demandantes, existe un caso, D. Jesús que tras concertar un préstamo con hipoteca el 22/9/2006, consiguió que el limite inferior de la cláusula de limitación del tipo de interés se redujera en medio punto, pasando del 4 inicialmente pactado al 3,50, folios 446 y 447 de las actuaciones. Sin embargo D. Jesús como igualmente concluye la sentencia de instancia, no puede quedar al margen de lo que aquí se decida, pues la cuestión que se dilucida es si son nulas las cláusulas suelo por su carácter abusivo, no el hecho de que sea abusivo un determinado tope mínimo y no otro distinto, de hecho existen otros casos entre los otros 25 demandantes con topes mínimos menores que el fijado para D. Jesús tras la negociación del suyo. Así resulta ser intrascendente para lo que se discute la negociación del concreto tope que logró D. Jesús puesta la misma en relación con la razón de

determinante de la nulidad de la cláusula, como luego se verá y al no constar que la negociación existiera sobre la cláusula misma. En este sentido tanto debe recordarse que el art. 82.2 de la TRLCU establece que "el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato." Y en análogo sentido el art. 1.2 de la LCGC.

QUINTO.- Finalmente y dando con ello también respuesta a los últimos alegatos del recurso, hemos de referirnos al carácter abusivo de las cláusulas suelo en el sentido que declarado por el Pleno del TS en la referida sentencia que construye su conclusión de manera análoga a la sentencia recurrida aunque con apoyo diferente, lo que no impide su aplicación al presente caso pues de un lado y como resulta de los antecedentes de hecho de la sentencia se trata de cláusulas suelo integradas en contratos de prestamos de estructura análoga a los del presente caso, cuando no, en ciertos casos, con pactos sobre intereses muy similares tanto en su contenido como en el desarrollo expositivo del contenido de los pactos en las escrituras y porque de otro lado como la propia sentencia indica el juez tiene facultades para apreciar de oficio el carácter abusivo de un cláusula. En este sentido la Sentencia del TS de 9/5/20013 establece que: "…como declaramos en la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010, las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que "de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera" Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de abogado general, por ejemplo:

STJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro), "27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva --impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva--, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32)".

111. La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el IC 2000 indicaba que "[...] la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva «implica atribuir a las disposiciones

de la Directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales". Lo que ha sido recogido por la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 23, según la cual "el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula".

112. Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32, según la cual "el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva", para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que "el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello" (SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).

113. Precisamente, por tratarse de una intervención de oficio, no necesita que el consumidor presente una demanda explícita en este sentido, ya que "semejante interpretación excluiría la posibilidad de que el juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda de la que conoce y sin petición expresa del consumidor con tal fin" (STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 24).

114. En definitiva, como ha reiterado el TJUE "el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual" (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 (LA LEY 70591/2012), apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23)."

SEXTO.- Pues bien la STS empieza afirmando, a partir de lo dispuesto en el considerando Decimonoveno de la Directiva 93/12 u el art. 4.2 de la misma, que las cláusulas suelo por referirse al objeto principal del contrato, no admiten, como regla general, que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula se extienda al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio conforme ya declaró el Alto Tribunal en su Sentencia nº 406/2012 de 18 de junio.

Ahora bien, lo anterior no excluye, sin embargo a dichas cláusulas de un doble control de transparencia. El primero de estos

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

controles de transparencia es el control de incorporación al que se refiere el art. 7 de la LCGC ("no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato […]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles […]"). Control que entiende el Supremo superan las cláusulas suelo examinadas pues la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. En nuestro caso como ya se dijo no se ha probado que se haya seguido el proceso establecido en la referida Orden al menos en lo referente a las cláusulas de limitación del tipo de interés, apareciendo en consecuencia dudoso hasta la superación del control de incorporación, salvo en el caso de D. Jesús por las especiales circunstancias concurrentes en él y a las que se hizo referencia. En este sentido no consta el contenido de la oferta vinculante y si en la misma se hacía referencia a la cláusula de limitación de intereses, constando, por los que obran en autos, que los folletos informativos sobre hipotecas de la entidad demandada no incluían información sobre dichas cláusulas, y que cuando hay constancia de una comunicación sobre las condiciones financieras de la operación entre la entidad bancaria y un posible cliente, se trata de D. Daniel de la Vieja que a la postre concertó la hipoteca, como la que resulta del documento nº 41 de la demanda en ella se omite cualquier referencia a la cláusula limitativa del interés. .

Sin embargo, continua exponiendo la STS, las cláusulas de limitación del interés que examinan no superan el segundo control de transparencia previsto para los contratos con consumidores por el 80.1 TRLCU que dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente […], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa […]-;b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Se trata de un control de comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato, teniendo por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Concluyendo el Alto Tribunal que las cláusulas examinadas no superan este segundo control de transparencia, el de la claridad, pues:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor."

Circunstancias todas ellas que concurren también en las cláusulas que el Banco de Castilla La Mancha SA (antes Caja de Ahorros de Castilla La Mancha) incluyó en los contratos de préstamo hipotecario que son objeto del presente procedimiento y así, además de lo ya dicho respecto a ellas anteriormente, basta con observar las escrituras de préstamo que se acompañan con la demanda en las que las cláusulas suelo se sitúan al final de las estipulaciones financieras del contrato, después de cláusulas de importancia secundaria en el funcionamiento básico del contrato como la tan habitualmente incluida del tipo bonificado en función de los servicios y productos bancarios suscrito o domiciliados con CCM, sin que conste, en los contratos suscritos, ni tampoco en la información previa a la contratación la existencia de una información y advertencia clara y comprensible sobre el coste de la cláusula en comparación con otras modalidades de préstamo de la entidad, ni por supuesto una evaluación razonable del previsible comportamiento del tipo de interés al tiempo de contratar, ni, claro está, simulaciones de escenarios diversos de los efectos de la cláusula.

SEPTIMO.- No acaba aquí sin embargo el análisis del Alto Tribuna, pues una vez que se ha concluido que las referidas cláusulas no superan el control de doble control transparencia, por fracasar en el de su claridad, se abre la puerta que permite el control de su carácter abusivo, aquella que quedó inicialmente cerrada por referirse dichas cláusulas al objeto principal del contrato. En este sentido el Tribunal Supremo recuerda que el control de claridad, el segundo control de transparencia al que hemos aludido en el anterior fundamento, parte de lo establecido en el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que " […] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas […]", y en el artículo 5 dispone que "en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible". Además el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato […] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Normas, la última citada fundamentalmente, cuya interpretación conduce al Tribunal Supremo a considerar que: "207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.” Así este segundo examen, el de la transparencia documental resulta ser, en el caso de las cláusulas examinadas, insuficiente para impedir el examen del contenido de las misma y en concreto para impedir que se analice si se trata de cláusulas abusivas: “229. Que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato--. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.” Y para dejar clara la cuestión y que no haya equívocos insiste el Alto Tribunal en la sentencia referida: “255. Antes de entrar en el examen del carácter abusivo de las cláusulas impugnadas, conviene rechazar la pretensión de las recurrentes a fin de evitar equívocos.

256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.”

El análisis del carácter abusivo de las cláusulas, tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, parte del artículo 8.2 LCGC que remite a la legislación especial: “en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario” y artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 que dispone que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Así pues el análisis de las normas transcritas permite concluir al Tribunal Supremo que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario--."

Explica a continuación el Alto Tribunal que: "240. Para juzgar sobre el equilibrio de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales.

241. Así lo impone el considerando décimoctavo de la Directiva 93/13 según el cual "la naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales", y el tenor del art. 4.1 "sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato […]".

242. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato […].

Finalmente el Alto señala que: "251. El artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente (SSTJUE de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19, y las ya citadas Pannon GSM apartado 37, VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 y Aziz apartados 67).

252. Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva.

253. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

254. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "[…] tal como la Abogado

General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido […], y en el apartado 69 que "en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al DÉCIMOsexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención--. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso."

263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable--, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE "[…] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas--, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen--, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza."

Doctrina que aplicada al caso que nos ocupa conduce a estimar la nulidad por abusivas de las cláusulas de los préstamos a interés variable concertados entre las partes que establecen un tipo mínimo de interés o referencia, tal y como concluyó en el presente caso la sentencia de instancia que en consecuencia ha de ser confirmada en su integridad.

QUINTO.- La desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Banco de Castilla La Mancha S.A. determina su condena al abono de las costas causadas por el mismo en esta segunda instancia conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 de la L.E.Civil, así como la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir. Condenando igualmente a la parte recurrente a la devolución de los depósitos constituidos por los apelantes para recurrir.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuestos por el BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A. contra la sentencia dictada el día 31/10/2012 por el Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil nº 2 de Cuenca, en los autos de Juicio Ordinario nº 53/2012, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la referida sentencia en su integridad. Condenando a la parte apelante al abono de las costas causadas en la instancia y en su lugar dictamos otra por la que se desestima íntegramente la demanda interpuesta por ARQUITECTURA, CONSTRUCCIÓN Y PROMOCIONES S.A. a la que se condena al abono de las costas de la primera instancia. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada, así como a la pérdida de los depósitos constituidos por las apelantes para recurrir.

Póngase en conocimiento de las partes que, (en observancia de los Acuerdos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 30.12.2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal), contra esta Resolución cabe recurso de casación, por razón de interés casacional, y de infracción procesal, (en este último caso cuando concurra interés casacional y se admita conjuntamente un recurso de casación interpuesto conjuntamente contra la Sentencia), que se presentarán, en el plazo de 20 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Resolución, ante esta Audiencia Provincial; debiendo procederse, con arreglo a la Disp. Adic. 15ª de la L.O.P.J., a la consignación del correspondiente depósito.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.